

【資 料】

明治期の大審院民事判決原本にみる芸 娼妓関係判決 (1)

村 上 一 博

目 次

はじめに

【A】 芸娼妓関係大審院判決一覧 (判決言渡年月日順)

【B】 判決例の翻刻

[1] ～ [17] ……以上、本号

[18] ～ [28]

はじめに

筆者は、これまで、本誌に全 9 回にわたって、主に、国際日本文化研究センターの民事判決原本データベースから、芸娼妓に関する下級審裁判所の判決例を紹介する作業を行ってきたが (拙稿「明治前期の芸娼妓関係判決」(1)～(3)・ (補遺 1～6)『法律論叢』87 巻 2=3・6 号、88 巻 1・2=3・4=5・6 号、89 巻 1・2=3・4=5 号、2014 年 12 月～2017 年 3 月)、大審院判決例については、僅かに 6 件が含まれるにすぎなかった。この度、ようやく、明治末年までの大審院民事判決原本の調査が終了したので、本稿において、大審院における全ての芸娼妓関係判決例を翻刻紹介することにした。全 28 件を、判決年月日順に示すと、次の通りである。

[A] 芸娼妓関係大審院判決一覧（判決言渡年月日順）全 28 件

| | 事件名 | 事件番号 判決年月日 | 控訴審裁判所 判決年月日 | 初審裁判所 判決年月日 | 備考 (掲載判例集) |
|----|----------------------|---------------------------------|----------------------------|-----------------------------|------------------------|
| 1 | 預ヶ品及ヒ金円 取戻シ一件 | 14 年 315 号 14 年 10 月 14 日 | 東京上等裁判所 14 年 04 月 25 日 | 東京裁判所 13 年 06 月 30 日 | 明治前期大審院民 事判決録 7 |
| 2 | 預金請求一件 | 14 年 323 号 14 年 10 月 20 日 | 宮城上等裁判所 14 年 07 月 07 日 | 福島裁判所酒田支庁 14 年 02 月 25 日 | 明治前期大審院民 事判決録 7 |
| 3 | 娼妓廃業連署差 拒一件 | 15 年 387 号 15 年 10 月 27 日 | 東京控訴裁判所 15 年 03 月一日 | 東京裁判所 14 年 10 月 29 日 | 明治前期大審院民 事判決録 8 |
| 4 | 貸金請求 | 21 年 416 号 22 年 01 月 24 日 | 名古屋始審裁判所 21 年 07 月 14 日 | 熱田治安裁判所 21 年 05 月 18 日 | |
| 5 | 芸娼妓揚代金立替 及ヒ酒食代金請求 | 21 年 422 号 22 年 02 月一日 | 静岡始審裁判所 [年月日不詳] | [裁判所不詳] [年月日不詳] | |
| 6 | 無抵当預金請求 | 23 年 215 号 23 年 07 月 03 日 | 甲府始審裁判所 23 年 02 月 21 日 | 甲府治安裁判所 [年月日不詳] | |
| 7 | 約定金請求 | 24 年 262 号 25 年 02 月 09 日 | 東京控訴院 24 年 10 月 02 日 | [裁判所不詳] [年月日不詳] | |
| 8 | 捺印要求 | 25 年 269 号 25 年 12 月 15 日 | 東京控訴院 25 年 05 月 06 日 | [裁判所不詳] [年月日不詳] | |
| 9 | 娼妓廃業届加判 請求 | 26 年 118 号 26 年 05 月 10 日 | 大阪控訴院 25 年 12 月 23 日 | [裁判所不詳] [年月日不詳] | |
| 10 | 捺印要求 | 26 年 375 号 26 年 10 月 13 日 | 東京控訴院 26 年 05 月 27 日 | [裁判所不詳] [年月日不詳] | 裁判粹誌民事集 8 卷(下) 45 頁 |
| 11 | 芸妓揚代金請求 | 26 年 454 号 26 年 12 月 07 日 | 東京控訴院 26 年 06 月 20 日 | [裁判所不詳] [年月日不詳] | |
| 12 | 芸妓積立金取戻 | 28 年 379 号 28 年 12 月 07 日 | 大阪控訴院 28 年 06 月 17 日 | 神戸地方裁判所 [年月日不詳] | 民録 1 輯 5 卷 28 頁 |
| 13 | 貸金催促 | 28 年 464 号 29 年 01 月 16 日 | 東京控訴院 28 年 09 月 18 日 | 東京地方裁判所 [年月日不詳] | 民録 2 輯 1 卷 39 頁 |
| 14 | 娼妓廃業届書調 印請求 | 29 年 6 号 29 年 03 月 11 日 | 函館控訴院 28 年 10 月 28 日 | 函館地方裁判所 [年月日不詳] | 民録 2 輯 3 卷 50 頁 |
| 15 | 娼妓廃業届書二 調印請求 | 32 年 77 号 33 年 02 月 23 日 | 函館控訴院 32 年 03 月 01 日 | 函館地方裁判所 [年月日不詳] | 民録 6 輯 2 卷 81 頁 |
| 16 | 損害要償ノ反訴 | 33 年(オ) 184 号 33 年 10 月 23 日 | 大阪控訴院 33 年 02 月 14 日 | 神戸地裁姫路支部 [年月日不詳] | 民録 6 輯 9 卷 72 頁 |
| 17 | 幼者取戻請求 | 34 年(オ) 5 号 34 年 09 月 21 日 | 広島控訴院 33 年 10 月 30 日 | 広島地裁尾道支部 [年月日不詳] | 民録 7 輯 8 卷 25 頁 |
| 18 | 貸金請求 | 34 年(オ) 398 号 35 年 02 月 06 日 | 名古屋控訴院 34 年 06 月 13 日 | 名古屋地方裁判所 [年月日不詳] | 民録 8 輯 2 卷 18 頁 |
| 19 | 芸妓稼金計算残 額取戻請求 | 37 年(オ) 116 号 37 年 05 月 05 日 | 広島控訴院 36 年 12 月 15 日 | 広島地方裁判所 [年月日不詳] | 民録 10 輯 607 頁 |
| 20 | 強制執行異議 | 37 年(オ) 506 号 37 年 12 月 26 日 | 広島控訴院 37 年 08 月 04 日 | 広島地方裁判所 [年月日不詳] | 民録 10 輯 1687 頁 |

| | | | | | |
|----|----------|---------------------------------|--------------------------|--------------------|------------------------|
| 21 | 約定金請求 | 37 年(オ) 554 号 38 年 02 月 16 日 | 東京控訴院 37 年 09 月 29 日 | [裁判所不詳] [年月日不詳] | 民録 11 輯 5 卷 187 頁 |
| 22 | 強制執行異議 | 38 年(オ) 300 号 38 年 07 月 03 日 | 広島控訴院 38 年 04 月 08 日 | [裁判所不詳] [年月日不詳] | 民録 11 輯 17 卷 1100 頁 |
| 23 | 離縁請求 | 38 年(オ) 421 号 38 年 11 月 02 日 | 東京控訴院 38 年 06 月 16 日 | 東京地方裁判所 [年月日不詳] | 民録 11 輯 1534 頁 |
| 24 | 強制執行異議 | 39 年(オ) 287 号 39 年 08 月 17 日 | 大阪控訴院 39 年 03 月 26 日 | [裁判所不詳] [年月日不詳] | |
| 25 | 特約保証弁償請求 | 39 年(オ) 440 号 39 年 11 月 06 日 | 東京控訴院 39 年 06 月 11 日 | [裁判所不詳] [年月日不詳] | |
| 26 | 貸金請求 | 44 年(オ) 166 号 44 年 06 月 19 日 | 長崎控訴院 44 年 02 月 04 日 | [裁判所不詳] [年月日不詳] | |
| 27 | 強制執行異議 | 45 年(オ) 22 号 45 年 03 月 22 日 | 東京控訴院 44 年 11 月 13 日 | 東京地方裁判所 [年月日不詳] | 民録 18 輯 262 頁 |
| 28 | 請求異議 | 45 年(オ) 115 号 45 年 06 月 25 日 | 名古屋控訴院 45 年 02 月 09 日 | 福井地方裁判所 [年月日不詳] | 民録 18 輯 18 卷 643 頁 |

【B】判決例の翻刻

これらの大審院判決例のうち、娼妓稼業契約の有効性について、大審院が最初の判断を示したものと思われる「娼妓廃業連署差拒一件」（明治 15 年 10 月 27 日判決）については、第一審の東京裁判所判決および第二審の東京控訴裁判所判決とともに検討を加えたことがある（拙稿「娼妓稼業契約の有効性をめぐる大審院判決の嚆矢」『法史学研究会会報』第 20 号、2017 年 3 月）が、判決内容全体の検討は別項に譲らざるをえない。以下では、すでに翻刻済みの 6 件を除く全判決文を、翻刻しておく。

（１）「預ケ品及ヒ金円取戻シ一件」（大審院、M14・10・14 判決）

拙稿「明治前期の芸娼妓関係判決」（補遺 1）（『法律論叢』第 88 卷 2=3 合併号、2015 年 12 月、142～144 頁）において翻刻済み

（２）「預金請求一件」（大審院、M14・10・20 判決）

拙稿「明治前期の芸娼妓関係判決」（補遺 1）（『法律論叢』第 88 卷 2=3 合併号、2015 年 12 月、150～152 頁）において翻刻済み

- (3) 「娼妓廃業連署差拒一件」(大審院、M15・10・27 判決)

拙稿「明治前期の芸娼妓関係判決」(補遺 1)(『法律論叢』第 88 卷 2=3 合併号、2015 年 12 月、156~158 頁)において翻刻済み

- (4) 「貸金請求」(大審院、M22・01・24 判決)

拙稿「明治前期の芸娼妓関係判決」(補遺 3)(『法律論叢』第 88 卷 6 号、2016 年 3 月、240~242 頁)において翻刻済み

- (5) 「芸娼妓揚代金立替及ヒ酒食代金請求」(大審院、M22・02・一判決)

拙稿「明治前期の芸娼妓関係判決」(補遺 3)(『法律論叢』第 88 卷 6 号、2016 年 3 月、242~246 頁)において翻刻済み

- (6) 「無抵当預金請求」(大審院、M23・07・03 判決)

拙稿「明治前期の芸娼妓関係判決」(補遺 3)(『法律論叢』第 88 卷 6 号、2016 年 3 月、250~252 頁)において翻刻済み

- (7) 「約定金請求」(大審院、M25・02・09 判決)

明治 24 年第 262 号

判決原本

上告人群馬県吾妻郡平民商

大 川 角 造

右訴訟代理人代言人

望 月 栄

被上告人長野県小縣郡平民宮下リキ後見人平民商

宮 下 久三郎

大川角造ヨリ宮下久三郎ニ係ル約定金請求事件ニ付東京控訴院カ明治廿四年十月二日言渡タル判決ニ対シ上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ為シタリ

判 決

本件上告ハ之ヲ棄却ス

理 由

上告論旨ヲ要約スルニ其第一点ハ原判文中「云々此自認ハ錯誤ニ出テタルモノト認メ得サルノミナラス甲第三号証ノ契約書中ニモ記載シアル事柄ナレハ当然「ソデ」カ負担ス可キモノナリトス」ト判決セラレタルモ該契約書中ニハ上文類似ノ規定タモ之アルヲ見ス其明記ナキ事項ヲ恰モアルカ如クニ判定セラレタルハ実ニ不当ノ裁判ナリト云フニ在リ依リテ甲第三号証ヲ閱スルニ飯料損料諸入費ノ三点ヲ悉ク区別シテ明記スル所アラサルモ「其他ノ費額ハ悉皆計算シ一時ニ皆済可申事」トアリテ其文意頗ル広汎ナリ是ヲ以テ原院此概括ナル文字中ニ右三ケノ費額ハ当然包含スルモノト解釈シ明カニ之ヲ分析シテ判示シタルマテニ過キサレハ仮令其同一様ノ文字ナキモ其旨意頗ル明確ナリ故ニ原判決ハ毫モ不法ノ裁判ニ非サルモノトス其第二点ハ甲第三号証ノ契約ハ人身売買ニ属スルヲ以テ明治五年第二百九十五号布告又ハ同八年第百八号布告ニ違背セルモノナルニ因リ無効ノ契約ナルニ原院ニ於テ之ヲ法律上有効契約ナリトセラレタルハ即チ違法ノ裁判ナリト云フニ在レトモ折々該布告ノ精神タル苟モ終身間又ハ終身ニ均シキ年限間人身ヲ束縛スルノ契約ハ無効ナリトノ旨趣ニ外ナラスシテ本件ノ如キ相当ノ期限ヲ限りタル契約ハ如何ニ自由ヲ制限スルモ固ヨリ有効ナルコト該布告ノ但書ニ依リテ明瞭ナル所トス然ルヲ上告人ハ本件ノ如キモノハ該但書ニ包含ス可キ性質ノモノニ非スト云フト雖トモ芸妓嫁^(ママ)モ亦ターノ營業ニシテ其營業ノ点ヨリ之ヲ見レハ農工ノ業務ト毫モ異ナルコトナケレハ固ヨリ該但書ニ包含スルモノト解釈スルヲ当然ナリトス

[明治廿五年二月九日]

大審院第三民事部

| | | | | | |
|------|---|---|---|---|------------------|
| 裁判長判 | 事 | 中 | 村 | 元 | 嘉 [㊟] |
| | 判 | 事 | 中 | 定 | 勝 [㊟] |
| | 判 | 事 | 荒 | 木 | 博 臣 [㊟] |
| | 判 | 事 | 河 | 口 | 定 義 [㊟] |
| | 判 | 事 | 小 | 松 | 弘 隆 [㊟] |
| | 判 | 事 | 岸 | 本 | 辰 雄 [㊟] |
| | 判 | 事 | 高 | 木 | 豊 三 [㊟] |

(8) 「捺印要求」(大審院、M25・12・15 判決)

明治 25 年第 269 号

受 小杉

判決原本

神奈川県南多摩郡平民

上告人 大 塚 弥七郎

右訴訟代理人代言人

藤 井 米一郎

全県全郡大塚弥七郎方全居東京市神田区近藤

辰次郎方寄寓

被上告人

近 藤 イ ク

右訴訟代理人代言人

国 崎 清

右当事者間ノ捺印要求事件ニ付東京控訴院カ明治廿五年五月六日言渡シタル判決ニ
対シ上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ為シ被上告人ハ上告棄却ノ申立ヲ為シタリ

判決主文

東京控訴院カ本件ニ付言渡シタル判決ヲ破毀シ更ニ弁論及ヒ判決ヲ為サシムル為
メ全院ニ差戻ス

理 由

上告第一条ノ要旨ハ原院カ「金百貳拾円程ノ未済額アリト抗弁スルモ果シテ其賦金
等ハ被控訴人申立ノ如ク玉代ノ半額ヨリ支出セシトノ視ルヘキモノナシ」ト判決シ
タルハ採証法ヲ誤リタルモノニテ上告人カ提出シタル乙第一号証第三項ニ娼妓ノ
賦金ハ近藤イク所得金ヲ以テ御規則ノ通上納可致事トアリテ被上告人カ所得金中
ヨリ差引タリト主張シタルニ其証左ナシトシタルハ不法ノ裁判ナリト云ニ在リ依
テ乙第一号証ヲ見ルニ其第四項ニ娼妓揚代金一客ニ付金貳拾五銭内半額ハ食料座
敷料ニ充テ半額ハ近藤イク所得ニ受取トアリテ此所得金ヨリ賦金ヲ上納スルコト
ハ第三項ニ明記アリ然ラハ賦金ノ支出ハ右三項契約ノ通被上告人カ所得金ヨリ納
メタルモノトシテ計算ヲ立ツルハ相当ナルニ原院カ此点ニ対シ排斥ノ理由ヲ付セ
スシテ単ニ支出ノ証ナシト断定シタルハ上告旨趣ノ如ク不法ヲ免カレサルモノト
ス何トナレハ被上告人カ賦金ヲ納メスシテ数年営業ヲ為シ来ルヘキモノニアラサ
レハナリ此点ヲ以テ全部破毀スル上ハ他ノ上告点ニ対シテハ弁明ヲ付与セス

[明治廿五年十二月十五日]

大審院第二民事部

| | | | | | |
|------|---|---|---|------------------|----------------|
| 裁判長判 | 事 | 名 | 村 | 泰 | 藏 [㊟] |
| 判 | 事 | 高 | 木 | 勤 [㊟] | |
| 判 | 事 | 本 | 尾 | 敬三郎 [㊟] | |
| 判 | 事 | 増 | 戸 | 武平 [㊟] | |
| 判 | 事 | 谷 | 津 | 春三 [㊟] | |
| 判 | 事 | 小 | 杉 | 直吉 [㊟] | |
| 判 | 事 | 児 | 玉 | 淳一郎 [㊟] | |

（９）「娼妓廃業届加判請求」（大審院、M26・05・10 判決）

明治 26 年第 118 号

受命 谷津判事

判決原本

上告人兵庫県神戸市平民貸席業阪本トヨ後見人
同県同市平民寸燐製造業

阪 本 善 七

右訴訟代理人弁護士

横 山 善 藏

被上告人兵庫県神戸市平民阪本トヨ方同居平民
娼妓稼業

日 置 イ 子

右当事者間ノ娼妓廃業届加判請求事件ニ付大阪控訴院カ明治廿五年十二月廿三日
言渡シタル判決ニ対シ上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ為シタリ

立会検事川目亨一ハ事件ニ付意見ヲ陳述シタリ

判決主文

本件ノ上告ハ之ヲ棄却ス

理 由

上告第一ノ趣旨ハ被上告人日置イ子ハ娼妓営業者ニシテ兵庫県行政取締上警察署
ノ允許ヲ受ケサル以上ハ上告人居宅以外ニ宿泊居住スルコトヲ得サル身分ナリト
ス而シテ「イ子」ハ明治廿五年六月中逃亡シテ現今尚居所不明ノ者ナルコトハ乙

第一号証ニヨリ明白ナリトス故ニ上告人ハ原院ニ於テ乙第一号証ヲ以テ逃亡中ノ被上告人ヨリ訴訟ヲ受クル理由ナキヲ争フタルノミナラス被上告人モ原院ニ於テ口頭弁論調書中間（二十年ヨリイネハ控訴人方ニ居リ廿五年六月逃亡セシヲ認ムルヤ）トノ答ニ（控訴人方ヨリ逃亡スルニアラス大阪ニ来リテヨリ逃亡スルナリ）トアリ然ルニ原院ニ於テハ此自白ノ採否及ヒ乙第一号証ノ効力有無ニ付一点ノ理由ヲモ説明シタルコトナクシテ上告人ノ拒絶スル処ヲ退ケタリ是原院ノ判決ハ主要ノ事実及ヒ争点ニ理由ヲ附セサル不当ノ裁判ナリト云フニ在リ然レトモ原判文ヲ閱スルニ「又被控訴人ハ逃走シ所在不分明中云云ト云フモ第一審調書ニ依レハ現ニ居所ヲ申立居ル而已ナラス云云」ト其所在分明ナルコトノ理由ヲ示シアリ又乙第一号証ハ第二審廷へ新タニ呈出シタルモノナレトモ其申立ニ於ケル「更ニイ子ノ逃亡届ヲ乙一号ト為ス」ト云フニ過キスシテ他ニ何等ノ申立ヲ為シタルコトアルニアラス然ルニ同人ノ所在分明ナルコトハ前掲事実ノ如クナルヲ以テ最早該証ハ本件上何等ノ必要ナキモノナリ結局本論告ハ原裁判官ノ特有権内ニ立入ル非難ニシテ採ルニ由ナキモノトス

上告第二点ハ上告人ハ被上告人カ訴訟能力ニ付妨訴ノ抗弁ヲ為シタルニ原院カ其抗弁ヲ排斥スルト同時ニ廃業届ニ加印ス可シトノ本案ノ判決ヲ為シタルハ不法ナリト云フニアレトモ一件書類ヲ案スルニ抑モ上告人カ第一審廷ニ於テスル抗弁ハ第一被上告人（イ子）ハ逃走シテ所在不分明ノ者ナレハ本訴ハ本人ノ所為ニ出ルモノナラス第二イ子ニ対シテハ尚ホ三百円余ノ貸金アルヲ以テ之レカ弁済ヲ畢ラサル限りハ加印ノ請求ニ応シカタシト云フノ二点ナリトス而シテ不服控訴ヲ為シタル廉ハ右第一ノ点ニ止マレリ故ニ原院ハ先以テ訴訟委任ノ如何ヲ吟味シ該委任状ハ正シク被上告本人ノ与ヘタルモノナルコト且ツ被上告人ノ所在モ分明ナリト認メタル以上ハ上告人ノ抗弁ハ渾テ相立サル訳ニ付判文末段ニ至リ「娼妓廃業届加判ノ請求ニ対シ之ヲ拒ムノ理由ナシトス」ト論決シタルハ毫モ瑕疵ナキ相当ノ裁判ナリ上告第三点ハ上告人ハ今ヤ被上告人カ代理ニ欠闕アルコトヲ乙第一号証ヲ以テ証明ス依テ民事訴訟法第四十五条第一項ニ依リ調査ヲ乞フト云フニアレトモ代理委任ノ如何ンハ前項弁明ノ通りナルヲ以テ本院^(ママ)オイテ更ニ同法文ニ照シ調査スルノ必要ナシ

上告第四点ハ上告人カ原院ニ於テ争フタルハ本訴訟カ被上告人ヨリ出テタルヤ否ヤニ就テナリ然ルニ原院ニ於テハ代理委任状ノ印影カ同一ナリトノ理由ヲ以テ被

上告人カ為シタル訴訟ナリト認定サレタルハ上告人カ争フタル点ト判決ノ理由ハ
背反セリト云フニ在リ個ハ事實才判官ノ特有セル認定権内ニ立入り徒ラニ非難ヲ
加フルモノニテ採ルニ由ナシ

[明治廿六年五月十日]

大審院第二民事部

| | | | | | |
|------|---|---|---|---|------------------|
| 裁判長判 | 事 | 名 | 村 | 泰 | 蔵 [㊟] |
| | 判 | 事 | 高 | 木 | 勤 [㊟] |
| | 判 | 事 | 増 | 戸 | 武平 [㊟] |
| | 判 | 事 | 谷 | 津 | 春三 [㊟] |
| | 判 | 事 | 井 | 上 | 正一 [㊟] |
| | 判 | 事 | 小 | 杉 | 直吉 [㊟] |
| | 判 | 事 | 児 | 玉 | 淳一郎 [㊟] |

（10）「捺印要求」（大審院、M26・10・13 判決）

明治 26 年第 375 号

判決原本

上告人東京府南多摩郡平民

大 塚 弥七郎

右訴訟代理人弁護士

藤 井 米一郎

被上告人東京府東京市近藤辰五郎方寄留平民

近 藤 イ ク

右当事者間ノ捺印要求事件明治廿六年五月廿七日東京控訴院カ言渡シタル判決ニ
対シ上告代理人ヨリ全部破毀ノ申立ヲ為シタリ

判 決

本件ノ上告ハ之ヲ棄却ス

理 由

上告第一点及ヒ第二点ハ要スルニ貸座敷及ヒ娼妓営業ハ政府之ヲ許可シ法律之ヲ
保護スルモノナルヲ以テ此間ニアル契約ハ従テ法律ノ保護ヲ与フヘキハ勿論人民
相互ノ契約ハ制禁ナキ限り法律ト同一ノ効力ヲ有スヘシトノ原則ハ裁判上常ニ実

行シツ、アル所ナルニ拘ハラス原裁判カ「金銭ノ為メノ所以ヲ以テ強テ控訴人ニ此營業ヲ繼續セシムルコト能ハサルモノ」云々判示シタルハハ法律ニ違背シーハ金銭ノ為メノ所以トノミニテ被上告人カ契約ニ違背シタル点ニ対シ説明ヲ与ヘサル即チ理由ヲ附セサル不法アリト云フニ在レトモ貸座敷及ヒ娼妓ノ營業又ハ本件ノ如キ貸座敷娼妓間ノ契約ハ法律ノ禁止スル所ニアラサルモ娼妓ハ貸座敷ニ於テ自由ヲ妨ケラル、コトナク其業ヲ営ムニ過キサレハ病氣其他ノ事故ニヨリ廃業ヲナサントスル場合ニハ仮令契約上營業ノ収入金ヲ以テ借入金返済ノ目的トナシタルニモセヨ之レカ為メ自由ヲ拘束シ強テ營業ヲ為サシメントスルハ素ヨリ法ノ許容スル所ニアラス其貸附シタル金員ノ未済アル如キ本人又ハ加判人ヨリ之レカ返弁ヲ求ムヘキノミ營業以テ返金ノ目的ト為シタル上ハ返金ヲ了セサル限り營業ヲ強ヒントスル上告人ノ抗拒ハ不当ナリトス乃チ原裁判金銭ノ為メノ所以ヲ以テ云々ノ判示ハ畢竟此理由ニ外ナラス従フテ被上告人ノ違約ノ点ニ付別ニ理由ヲ説明スヘキ要ナケレハ原裁判ハ法律ニ違背シ及ヒ理由ナキ不法アルモノニアラス

上告第三点ハ神奈川県明治十七年改正布達第九条ニ違背シタルモノナルコトノ抗弁ニ対シ原裁判ノ何等説明ナキハ理由ヲ附セサル不法アリト云フニ在レトモ該第九条ノ下半ニ「娼妓ト貸座敷トノ間ニ紛議ヲ生シ裁判所ニ出訴セントスルトキハ其事由ヲ所轄警察署ヘ申出承認ヲ受クヘシ」トアルハ娼妓貸座敷間ノ紛争訟ヲ構ユルヲ厭ヒ其前一応ノ申出ヲ為サシムル行政警察上ノ注意ニ過スシテ其承認ヲ得サル以上ハ裁判所ニ訴フルヲ許サス即チ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハル、道理アルヘカサルノミナラス被上告人ノ第二審口頭弁論調書ヲ閱スルニ「控訴人ハ警察ヘ願出タルモ口頭ニテ云々第九条ノ手續ヲ履ミタルモノナリ」トノ陳述アリテ上告人カ之レヲ駁シタルモノアルヲ見サレハ原裁判カ此論述ニ対シ説明ヲ与ヘサルハ敢テ不当ニアラス本論告モ亦上告適法ノ理由ナキモノトス

〔明治廿六年十月十三日〕

大審院第二民事部

| | | | | | | |
|------|---|---|---|---|---|---|
| 裁判長判 | 事 | 中 | 村 | 元 | 嘉 | ㊦ |
| | 判 | 事 | 小 | 松 | 弘 | 隆 |
| | 判 | 事 | 岡 | 村 | 為 | 藏 |
| | 判 | 事 | 本 | 多 | 康 | 直 |
| | 判 | 事 | 小 | 杉 | 直 | 吉 |

判 事 芹 沢 政 温[㊟]

判 事 柳 田 直 平[㊟]

（11）「芸妓揚代金請求」（大審院、M26・12・07 判決）

明治 26 年第 454 号

受命 谷津判事

判決原本

上告人東京市芝区平民芸妓業

関 口 ふ み

右訴訟代理人弁護士

松 岡 常 吉

被上告人東京市芝区平民岡本銀太郎後見人

岡 本 と く

右当事者間ノ芸妓揚代金請求事件ニ付東京控訴院カ明治廿六年六月廿日言渡シタル判決ニ対シ上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ為シタリ

判 決

本件ノ上告ハ之ヲ棄却ス

理 由

上告第一点ハ原院判決中「雇主ナル控訴人ハ芸妓静子ノ揚代金ヲ請求スルヲ得可キハ当然ナリト雖トモ其揚代金ハ招客ヨリ茶屋ニ対シ支払ヲ為ス可キカー一般ノ慣例ナルカ故ニ明治廿五年十二月四日午後十時ヨリ十二時迄芝区源助町二番地貸席東屋ヘ招カレタル静子ノ揚代金ハ東屋ヨリ支払ヲ受クヘキモノニシテ直接ニ招客タル金次郎ニ対シ請求ス可キ筋合ニ非ス」トアリ右慣例ハ實際往々行ハルル所ノモノナレトモ其慣例タル決シテ法律上ノ慣例ニ非スシテ只便宜ノ為メ当事者間ニ行ハルル一種ノ省略法ニ過キス即チ芸妓營業者ハ招客ヨリ直接ノ支払ヲ受ケントセハ幾多ノ手数ヲ要シ實際ニ於テ困難少ナカラサルヲ以テ其勞ヲ省カンカ為メ之カ取立ヲ貸席ニ委任シ貸席ハ又之ヲ承諾シ而シテ招客ハ其ノ勘定ヲ二度ニスルノ勞ヲ省クノ便アルヲ以テ之ニ支払ヲ為スニ止マルノミ其芸妓營業者ト貸席主人トノ關係ハ暗黙ニ代理契約成立シ居ルニ過キサルナリ本案ノ場合ニ於テハ此ノ暗黙ノ代理契約ハ当事者一方ノ明示ノ謝絶即チ甲第一号証東屋ヨリ上告人ヘ送リタル書面ニヨリテ当然消滅シタルモノナリ此ノ重要ナル争点ニ対シ何等ノ説明モナクシテ

前示ノ如ク判決セラレタルハ理由不備ノ裁判ナリト云フニアレトモ這ハ原裁判破壊ヲ乞フノ理由トナラサルモノトス如何ントナレハ原判決ノ趣旨ハ抑モ芸妓ナル者カ茶屋ノ手ヲ経テ招客ニ聘サレタル場合ニオケル其揚代金ノ如キハ招客ヨリ茶屋ヘ対シ仕払フ可キカー一般ノ慣例ナリト認斷セラレタル者ナリ而シテ之ヲ詳言スルトキハ此場合ニ於ル芸妓ノ雇主ハ貸席主人ニシテ芸妓營業者ト招客トノ間直接ノ關係ナキ事實ヲ看認ラレタルモノトス左レハ此事實ニ反対ナル上文一種ノ省略法若クハ暗黙ニ代理契約ノ成立セシ等ノ事実上ノ主張ハ此事實認定ノ為メ原裁判上悉皆ク排斥セラレシコトヲ推知シ得ラルルヲ以テ尚ホ右等ノ主張ニ対シ排斥ノ説明ヲ望ム筋ナシ故ニ此上告論旨ニ於テハ原裁判ヲ以テ理由不備ノ不法アリト為スコトヲ得ス

上告第二点ハ甲第三号証ハ本案請求事件ノ直接証拠物ニシテ第四号証ハ右三号証署名者伊藤文男ハ招客即チ本案從参加人金次郎ノ代理人ニシテ其ノ代理ハ正当ナルコトヲ証スルモノナリ右第四号証名下ノ印影ハ委任者金次郎ノ実印ナルコトハ從参加代理人及被上告人共ニ認ムル處ニシテ更ニ争ナキモノナリ只被上告人ハ事實ハ之ヲ知ラスト云ヒ從参加人ハ之ヲ認メスト云ヒ而シテ終ニ之ヲ認メサルノ理由ヲ示サス已上ノ事實ニ対シ原裁判所ハ「甲第四号証委任狀ハ金次郎ノ認メサルモノニシテ伊藤文男ニ果シテ交付シタリトノ視ル可キ証拠ナケレハ正当ニ受授シタルモノト認メ難シ随テ文男カ金次郎ノ委任ヲ受ケ甲第三号証ヲ交付シタリト認メ難シ故ニ右甲第二、三号証ヲ以テ金次郎カ本訴ノ金員ヲ弁償ス可キ義務アリトノ申立ハ理由ナキモノトス」ト判決セラレタリ原院ニ於テモ亦該委任狀名下ノ印影ノ真正ノ者ナルコトヲ認メラレタルコトハ其文意ニ於テ一見明瞭ナルニ関セス「伊藤文男ニ果シテ交付シタリトノ見ルヘキ証拠ナケレハ正当ニ受授シタルモノト認メ難シ」トアルハ上告人ニ過当ナル立証ノ責任ヲ負ハシムルモノニシテ挙証ノ法ニ違反シ事實ヲ確定シタル背法ノ判決ナリト云フニアリ然レトモ原院ノ弁論調書ヲ査閱スルニ被上告人ハ甲第二号証ノ外総テノ甲号証ヲ看認メストアリ又從参加人ハ甲第三号証ニ関シ印ハ似テ居ルト思フモ曾テ出シタルコト無シトアリテ孰レモ其實印ナルコトヲ確カニ看認メタリトスル文詞無シ左スレハ之ヲ確實ナラシムルハ法律上上告人ノ責任ニ付キ原裁判ヲ以テ上告人ニ過当ノ立証責任ヲ負ハシメタリト云フヲ得ス其他証拠ノ取捨及ヒ事實ノ認定ハ原裁判官ノ特有権内ニ属スルモノナレハ之レニ対スル本項ノ論難ハ採ルニ由ナシ

上告第三点ハ判決書署名ノ裁判長ハ西川判事ニシテ言渡ヲ為シタル裁判長ハ小菅判事ナリ判決ハ其基本タル口頭弁論ニ臨席シタル判事ニ限り之ヲ為スコトヲ得ルモノニシテ從ツテ之カ言渡ヲ為スモ亦全一判事ナラサル可カラス然ルニ原院ノ裁判言渡ノ際ニ当リ西川判事欠席ノ為メ小菅判事裁判長トナリ之ト同時ニ口頭弁論ニ参与セラレサル平野判事列席セラレタルハ民事訴訟法第二百三十二条全第二百三十三条ノ精神ニ反シ從テ又全第四百三十六条第一ニ該当スル違法ノ裁判ナリト云フニ在レトモ民事訴訟法第二百三十二条ニハ「判決ハ其基本タル口頭弁論ニ臨席シタル判事ニ限り之ヲ為ス」トアリ而シテ原判決書ニハ現ニ弁論ニ臨席シタル判事五名ノ連署アルヲ以テ見レハ平野判事ハ単ニ裁判言渡當日ノ裁判所構成ノ為メノミニ列席シタル者ナルコト明ニシテ判決ニ参与シタルニ非ス乃チ以テ原判決破毀ノ理由ト為スニ足ラサルモノトス

以上説明スル如クナルヲ以テ本件上告ハ民事訴訟法第四百三十九条第一項ニ依リ之ヲ棄却ス可キモノトス

[明治廿六年十二月七日]

大審院第一民事部

| | | | | | |
|------|---|---|---|-----|----------------|
| 裁判長判 | 事 | 栗 | 塚 | 省 | 吾 [㊟] |
| 判 | 事 | 寺 | 島 | | 直 [㊟] |
| 判 | 事 | 長 | 谷 | 川 | 喬 [㊟] |
| 判 | 事 | 谷 | 津 | 春 | 三 [㊟] |
| 判 | 事 | 井 | 上 | 正 | 一 [㊟] |
| 判 | 事 | 高 | 木 | 豊 | 三 [㊟] |
| 判 | 事 | 児 | 玉 | 淳一郎 | ㊟ |

（12）「芸妓積立金取戻」（大審院、M28・12・07 判決）

明治 28 年第 379 号

主筆 小松判事

判決原本

上告人兵庫県神戸市平民

神 喜 ク ラ

外十七名

右訴訟代理人弁護士

森 肇

被上告人兵庫県神戸市平民

渡 邊 正 吉

右当事者間ノ芸妓積立金取戻事件ニ付明治廿八年六月十七日大坂控訴院カ言渡シタル判決ニ対シ上告代理人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ為シタリ

判 決

本件上告ハ之ヲ棄却ス

理 由

上告第一点ハ原院ハ乙第一号証ノ一趣意書第八項ニ該積立金ハ営業者一同ノ共有金ニシテ云々トアルヲ以テ福檢番（中檢番）ニ属セサル新檢番ニ属スル者モ尚ホ福原町ニ於テ營業ヲ為ス以上ハ均シク該積立金ニ対シ共有ノ権利アルモノト謂ハサルヘカラスト判決セリ凡ソ合意ノ解釈ハ証書ノ一部ニ偏セスシテ其全体ヲ達観セサルヘカラサルノミナラス其語辞カ如何ニ広泛ナルモ合意ヲナスニ期望シタル目のニ制限セサル可ラス乙第一号趣意書前文ヲ見ルニ「明治廿三年八月十六日当町中檢番設立ニ付」云々トアリ即チ本訴積立金ナルモノハ福檢番所属ノ芸妓ニノミ關スルモノニシテ是等ノ芸妓ノミノ共有金タルヤ明カナリ況ンヤ乙第一号成立後即チ明治廿五年ニ新設シタル新檢番所属ノ芸妓カ該積立金ニ付共有權ヲ得ルノ理ハ万万無之ナリ然ルニ原院ハ趣意書第八項ニ営業者一同云々トアル語辞ニ拘ハリ福原町ニ於テ營業ヲ為ス以上ハ均シク共有ノ権利アリト判決シタルハ合意ノ解釈法ヲ誤リタル不法ナリト云フニ在レトモ原裁判ノ趣旨ハ其判文ノ明示スル如ク本件出訴ノ當時他ニ福檢番所属ノ芸妓アリ又乙第一号証積立金趣意書ニ調印セシ森田ヤエ外数名ノモノ新檢番ニ属シテ尚ホ營業スルモノアリ是レ等ハ乙第一号証第八項規約ノ旨ニ依リ其業ヲ廢セサル以上ハ積立テタル金円ニ対シ共ニ共有ノ権利アルコトヲ判示シタルニアリテ乙第一号証ニ關係セサル福檢番ノモノ即チ新檢番ノモノニ共有權アリト為シタルニアラス要スルニ論告ハ証書ノ解釈上意見ヲ異ニシ之レカ批難ヲ容ル、ニ過キス

上告第二点ハ原院ハ「被控訴人等ニ於テ他ノ共同權利者ノ部分ヲ控除シ自己ニ属スヘキ部分ヲ指示シ請求スルハ格別ナルモ今其全部ノ取戻ヲ請求スルハ不当ナリ」ト判決セリ凡ソ共有物ニ付テ共有者中ノ一人又ハ数人ノ所為ノ効力如何ヲ見ント欲セハ先ツ其行為ノ性質如何ヲ確メサル可ラス何トナレハ其行為ノ性質ニシテ物ノ

管理ニ属スルトキハ一人又ハ数人ハ共有物全部ニ付テ之ヲ為シ得ルモ其行為ノ物
ノ処分ニ属スルトキハ之ヲ為ス權利ナキヲ一般ノ法則トスレハナリ本件上告人カ
請求ノ原因ハ第一審以来述フル如ク被上告人カ福検番ノ総代ヲ脱シタルヲ以テ積
立金トシテ預ケタル金員ヲ取戻シ之ヲ以テ新総代ノ管理ニ委セントスルニアリ即
チ本訴請求ハ積立金ノ保存ニ関スルーノ管理行為ナリ縦令管理行為ニアラストス
ルモ本件ノ判決ヲ為スニ付テハ先ツ此点ニ付事実ノ審按ヲ為シ以テ行為ノ性質如
何ヲ確メサル可ラス然ルニ原判決ハ此点ヲ看過シテ直ニ上告人ノ請求ヲ排斥シタ
ルハ事実理由ノ不備ナリト云フニ在リ上告第六点ハ本件係争金額全部ニ付キ上告
人ニ要求權ナシト為シタルハ唯ニ理由ヲ欠キタルノミナラス已ニ判決理由冒頭ノ
如ク被上告人ノ芸妓総代ヲ脱シタル事実ヲ認め又上告人ニ係争積立金請求ノ權利
アル事ヲ認ムル以上ハ共有者中ノ数人カ為シタル保全処分ノ要求ハ当然之ヲ容ル
ヘキ筈ナルニ拘ハラス全部要求ノ權ナシト為シタルハ法則ニ違反シタル不法ノ判
決ナリト云フニ在レトモ本件ハ福検番所属ノモノカ分離シテ新検番ナルモノヲ組
織シタルヨリ其曾テ総代人タリシ被上告人ニ対シ之レカ積立金ノ返還ヲ求ムルモ
ノナレハ仮令其要求ノ名義カ管理又ハ保全処分ニアリトスルモ其中ノ一人又ハ数
人ニ於テ全部ノ返還ヲ求メ得ヘキニアラス論告ハ其當ヲ得タルモノニアラストス
上告第三点ハ原院カ「自己ニ属スル部分ヲ指示シテ請求スルハ格別ナレトモ今其全
部ノ取戻ヲ請求スルハ不当ナリ」ト判決セリ凡ソ大ナルモノ、請求ヲ為ス時ハ其範
囲内ニ属スル小ナルモノハ其申立ニ包含スルモノナリ故ニ其請求ノ一分^(マツ)ニ付テ請
求ノ權利ヲ認ムルトキハ裁判所ハ之ヲ許可セサルヘカラス然ルニ原判決ハ上告人
等自己ノ部分ニ付テハ請求ノ權利アルヲ認めナカラ其全部ヲ排斥シタルハ違法ナ
リト云フニ在レトモ上告人ハ曾テ各自ニ属スル部分ヲ指示シタルニアラサルノミ
ナラス極メテ全部ノ返還ヲ訴求スルモノナレハ原裁判カ其訴求ヲ斥ケタルハ当然
ニシテ論告ハ其理由ナシ

上告第四点ハ口頭弁論ノ為メ規定シタル方式ヲ遵守シタリヤ否ハ調書ヲ以テノミ之
ヲ証スルモノナルヲ以テ法律ハ調書ニ記載シテ明確ニスヘキ諸件ヲ列記シ尚当事者
ノ利益ヲ保護スル為メ之ヲ關係人ニ読聞セ又ハ示シ其手續ヲ履ミタル事ヲ附記ス
ヘキ事ヲ命ジタリ然ルニ原院ニ於ケル弁論調書ヲ見ルニ一モ其手續ヲ為サス随テ
方式ノ遵守如何ヲ見ル可ラス是レ原判決ハ法律ニ違反シタル不当ノ判決ナリト云
フニ在レトモ本件弁論ノ進行ニ付自白認諾其外調書ニ記載シテ明確ニスヘキ諸件

ノ生シタルモノナク從テ之レカ判決ニ違法ヲ來タスヘキモノナシ左レハ原調書ニ
 關係人ニ讀ミ聞セル等ノ手續キノ記載ナキモ以テ原判決ヲ違法ナリト為スヲ得ス
 上告第五点ハ原判決ハ凡テ假定ノ論斷ヲ以テ其理由ト為シ判決理由ノ初ニ於テ係
 争積立金ハ控訴人ニ對シ取戻シ得ヘキ權利アリトスルモト假定シテ上告人ハ係争
 金全部ノ要求權アルモノト為シ判決理由末段ニ於テ今其全部ノ取戻ヲ請求スルハ
 不当ナリトスト斷定シ同一事項ニ付テ前後二様ノ觀點ヲ異ニシタルハ理由ニ齟齬
 アル違法ノ判決ナリト云フニ在レトモ原判旨ハ上告人ニ於テ係争積立金取戻シノ
 權利アリトスルモ該金額全部ノ要求ハ不当ナリトノコトニシテ前段ニ於テ全部要
 求ノ權利アリトノ説明ヲ与ヘタルニアラス理由ニ齟齬アリトノ論難ハ其當ヲ失ス
 ルモノトス

以上ノ理由ナルヲ以テ民事訴訟法第四百卅九条ニ從ヒ主文ノ如ク本上告ヲ棄却ス
 ルモノナリ

[明治廿八年十二月七日]

大審院第一民事部

| | | | | | |
|------|---|---|---|---|------------------|
| 裁判長判 | 事 | 中 | 村 | 元 | 嘉 [㊟] |
| | 判 | 事 | 寺 | 島 | 直 [㊟] |
| | 判 | 事 | 小 | 松 | 弘隆 [㊟] |
| | 判 | 事 | 本 | 多 | 康直 [㊟] |
| | 判 | 事 | 高 | 木 | 豊三 [㊟] |
| | 判 | 事 | 西 | 川 | 鐵次郎 [㊟] |
| | 判 | 事 | 中 | 尾 | 真晃 [㊟] |

(13) 「貸金催促」(大審院、M29・01・16 判決)

明治 28 年第 464 号

主筆 本多判事

判決原本

上告人愛知県三河国渥美郡平民農

丸 地 菊 治

外名

右訴訟代理人弁護士

山 口 憲

被上告人東京市四谷区平民

加 藤 新 吾

右当事者間ノ貸金催促事件ニ付東京控訴院カ明治廿八年九月十八日言渡シタル判決ニ対シ上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ為シタリ

判 決

本件上告ハ之ヲ棄却ス

理 由

上告論旨第一点ハ原院ニ於テ上告人ハ甲第二号証ニ在ル年限ハ甲第一号証ノ返済期限トスルモ該甲二号証自体カ証明スル如ク伊藤すてカ上告人方ニ於テ娼妓稼ヲ為ス場合ノミ有効ニシテ伊藤すてカ上告人方ニ於テ娼妓稼ヲ為サ、ルニ於テハ当然無効ニ帰スヘキ契約ナリ何ントナレハ娼妓稼ト云フ事ニ繋ラシメタル返済方法ナレハナリ然リ而シテ伊藤すてハ甲第二号ノ約ニ背キ上告人方ニ在テ娼妓稼ヲ為サス諸所軒々シテ遂ニ其踪跡ヲ失セシ者ナレハ甲第二号証ハ当然無効ニ属シ從テ甲第二号証ニ依リ出訴期限規則ヲ適用シ得ヘキモノニアラストノ申立ヲ為シ之カ立証トシテ甲第六号ノ一二三四ヲ提出シ被上告人カ出訴期限ヲ經過セシモノナリトノ抗弁ニ対スル攻撃方法ニ供シタリ而シテ此上告人ノ攻撃方法ハ甲第一号証カ出訴期限ヲ經過セシモノナルヤ否ヲ決スルニ足ル重大ナル争点ニシテ控訴人カ原院ニ於テ之ヲ論争セシコトハ控訴狀第四項第五項及ヒ原院ノ口頭弁論調書ニ徴シ明カナル処ナリトス然ルニ原院ハ此ノ重要ナル争点ニ対シ何等ノ説明何等ノ判定ヲ与ヘラレサルハ争点ヲ遺脱シタル不法ノ判決ナリト云フニ在リ依テ按スルニ甲第二号証中ニ伊藤すてカ上告人方ニ在テ娼妓稼ヲ為シ其月々花揚代金ヲ以テ借入金ヲ返済ス可キ旨記載アルモ這ハ原院ノ判示スル如ク返済方法ノ約定ニ過キサレハ伊藤すてカ上告人方ヲ退去スレハ只契約ニ基ク方法ニ依リ返済スルヲ得サル場合ニ至ルノミニテ其退去ハ甲第二号証ヲ無効ニ帰セシムルノ効力ナキヤ論ヲ俟タス然レハ此点ニ対シ原院カ特ニ説明ヲ与ヘサルモ敢テ不法ニ非サルナリ

同第二点ハ上告人ハ原院ニ於テ甲第二号証ハ実行セサル故無効ニ帰シ甲一号証ハ期限ナキ貸借トナリタルコトヲ証セン為メ甲第四号証ヲ提出シタリシニ被上告人ハ之ヲ否認セリ依テ上告人ハ該甲第四号ノ真正ナル成立ナルコトヲ立証スル為メ其差出人タル伊藤すてヲ証人トシテ訊問セラレンコトノ証拠申請ヲ為セシニ原院ハ此ノ証拠申請ヲ不必要ナリトシテ聽許セラレサリシナリ然リ而シテ上告人主張

ノ如ク甲第二号ハ甲第四号証ニ記載ノ如ク伊藤すてノ不履行ニヨリ消滅セシモノ
 タル以上ハ甲第二号証ニ依拠シ出訴期限ヲ適用シ得サルヤ論ヲ俟タス然ルニ原院
 ハ本件ノ当否ヲ決スルニ足ル重大ナル争点ヲ挙証スル甲第四号ヲ確ムル処ノ立証
 ヲ許サスシテ被上告人カ否認セルカ故無効ナリト判示セラレタルハ不法ニ証拠ヲ
 排斥セシ違法裁判ナリト云フニ在レトモ第一点ニ於テ説明スル如ク契約ニ基ク返
 済方法カ実行セラレサリシトテ甲第二号証ハ無効ニ帰スルモノニ非サレハ甲第四
 号証ノ如キ甲第二号証ノ契約ニ基ク方法ヲ以テ返済セサリシコトトすてカ上告人
 方ヲ退去シタル事実トヲ証明ス可キ証拠ハ本件裁判上不必要ナル事実ニ属スルモ
 ノナルヤ明カナリ然レハ原院ニ於テ其不必要ナル証拠ノ真否ヲ確定スル為メ申出
 テタル前掲証人訊問ヲ拒絶シタルモ之ヲ以テ不法ノ裁判ナリト云フコトヲ得ス
 右説明ノ如ク上告論旨ハ二箇共其理由ナキヲ以テ民事訴訟法第四百三十九条ニ従
 ヒ主文ノ如ク判決ス

[明治廿九年一月十六日]

大審院第一民事部

| | | | | | | |
|------|---|---|---|---|-----|---|
| 裁判長判 | 事 | 中 | 村 | 元 | 嘉 | ㊤ |
| | 判 | 事 | 本 | 尾 | 敬三郎 | ㊤ |
| | 判 | 事 | 小 | 松 | 弘 | 隆 |
| | 判 | 事 | 井 | 上 | 正 | 一 |
| | 判 | 事 | 本 | 多 | 康 | 直 |
| | 判 | 事 | 高 | 木 | 豊 | 三 |
| | 判 | 事 | 西 | 川 | 鐵次郎 | ㊤ |

(14) 「娼妓廃業届書調印請求」(大審院、M29・03・11 判決)

明治 29 年第 6 号

寺島判事

判決原本

上告人北海道函館区平民貸座敷業

武蔵野 キ ヨ

右訴訟代理人弁護士

江 木 衷

被上告人北海道函館区武蔵野キヨ方寄留平民娼妓

櫛 イ キ

右当事者間ノ娼妓廃業届書調印請求事件ニ付函館控訴院カ明治廿八年十月廿八日
言渡シタル判決ニ対シ上告代理人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ為シタリ

判 決

本件上告ハ之ヲ棄却ス

理 由

上告論旨第一点ハ原判決理由ノ首ニ曰ク「娼妓営業ハ元來特種ノ營業ナルヲ以テ其
之ヲ營業スルニ付テハ取締上自ラ身体ノ束縛ヲ免レサルハ勿論ナリト雖トモ其之
ヲ廃業セントスルニ於テハ素ヨリ諸種ノ營業ト相全シク本人ノ自由ナル意思ニ任
スヘキモノナルコトハ普通ノ条理ナリ」云々ト此点ニ付テハ原院ハ左ノ二箇ノ誤謬
アルヲ免レス（イ）營業ノ自由ハ別ニ法律ノ之ヲ制限スルモノナキ以上ハ各人ノ意
思ニ一任スヘキハ勿論ナレトモ此自由ヲ拘束スルモ亦各人ノ自由ナリ故ニ本件ノ
如ク被上告人カ其自由ノ意思ヲ以テ自己ノ行為ヲ拘束シタルトキハ他ニ之ヲ禁制
スルノ法律規則ナキ以上ハ其拘束モ亦自ラ有効ナリ而シテ娼妓營業ノ如キ自ラ其
自由ヲ拘束スヘキモノヲモ禁制スルノ法律規則ナキニ原判決カ娼妓廃業ノ自由ヲ
認メタルハ違法ナリ（ロ）独立セル個人ノ營業ハ其營業者ニ於テ之ヲ廢スルハ其自
由ナルヘシト雖モ娼妓營業ハ娼妓ニ在リテハ一ノ稼業即チ勞力契約ナリ其稼業ハ
契約上他人即チ樓主トノ權利關係ヲ發生スベシ而シテ一旦此權利關係ノ發生シタ
ル以上ハ其關係者ハ決シテ自由ニ此關係ヲ脱シ得ヘキモノニアラス原判決カ自由
廃業ノ法則ヲ適用シタルハ契約ノ對手ニシテ自由ニ契約ヲ破リ得ヘシトスルニ等
シクシテ不法ニ法則ヲ適用シタルモノナリト云フニ在リ依テ案スルニ營業ノ自由
ヲ拘束スルモ亦各人ノ自由ナルコトハ上告人所論ノ通りナレトモ此行為ニ因リ諾
約者ニ於テ身体ノ自由ヲ讓与スルノ意思アルモノト推定スルコトヲ得ス且其意思
アリシモノト仮想スルモ各人ニハ之ヲ讓与スル權能ナキカ故ニ右等ノ契約モ亦他
ノ一般ノ契約ト等シク諾約者ノ身体ヲ拘束セスシテ執行ヲ遂ゲ得ルモノニ限り其
効ヲ有ス可キ理ニシテ之ニ反対ノ事ヲ旨趣トスルモノ即チ身体ノ拘束ヲ目的トス
ル契約ニ至テハ各人自由ノ範圍外タル明確ニ付キ法律上契約ノ効ヲ有スルモノニ
アラス而シテ上告人ハ貸座敷ヲ以テ營業トシ被上告人ハ娼妓ヲ以テ稼業ト為スモ
ノニ付キ内実如何ナル金銭上ノ關係アルモ稼業ノ上ニ於テハ各自独立ノモノト見
做サ、ルヲ得ス若シ之ニ反シ娼妓ハ勞力契約ナリ被上告人ハ上告人ニ対シ或ルー

定ノ年季中自己ノ意思如何ニ拘ハラス必ス其勞務ニ服ス可キコトヲ契約シタルモノト為サンカ是レ即チ被上告人ヨリ上告人ヘ身体ノ自由ヲ譲与セルモノニ外ナラス然ラハ上文弁明ノ理合ニシテ法律上契約ノ効ヲ認ムルコトヲ得サルハ勿論娼妓芸妓ニ関シテスノ如キ行為ハ明治五年十月二日第二百九十五号布告ノ通り特別法ノ禁スル所ナルカ故ニ其契約ハ全然無効ニ帰シ上告人ト被上告人トノ間ニ權利關係ヲ生スル理ナシ旁原判決ハ相当ニシテ上告論旨ハ總テ其理由ナキモノトス

同第二点ハ原判決ハ北海道庁令貸座敷取締規則第六条ヲ引用シ之ヲ以テ娼妓ハ自由ニ廢業スルコトヲ得ヘキ旨ヲ定メタルモノト解釋セリ此点ニ就テハ原判決ハ亦左ノ不法アリ（イ）庁令第六条ハ娼妓カ廢業シタルトキハ貸座敷主ト連署シテ届出ヲナスヘキコトヲ定メタルモノニシテ廢業ノ自由ヲ娼妓ニ与ヘタルモノニアラス娼妓カ廢業スルコトヲ得ルト否トハ全然他ノ問題ニ属スヘシ則リ該令ニ樓主ノ承諾其他正当ノ理由ニ基キタル廢業ノ場合ニ於テ唯タ其届出ヲナスヘキコトヲ定メタルモノ、ミ然ルニ原判決カ該令ヲ以テ廢業ノ自由ヲ定メタルモノトセルハ該令ノ解釋ヲ誤リ不当ニ法則ヲ適用シタルモノナリ（ロ）更ニ一步ヲ進メテ庁令第六条ノ精神ヲ究ムレハ娼妓ハ寧ロ樓主ノ承諾其他正当ノ事故アルニアラサレハ其業ヲ廢スルコトヲ得サルモノトスルニ似タリ即チ樓主ノ連署ヲ要スル所以タル所轄警察署カ恐クハ娼妓ト樓主トノ權利關係ノ已ニ廢滅シタルコトヲ証明スルノ具トスルモノト解スルコトヲ得ン則チ原判決ハ此点ニ付テモ該令ノ解釋ヲ誤リタルモノナリト云フニ在レトモ原判決理由ニハ（北海道庁令貸座敷娼妓取締規則中第六条ニ云々別ニ其廢業ニ付制限シタル規定ナキニ依ルモ）トアリテ原裁判所ノ解釋ハ右ノ規定第六条ハ娼妓ノ廢業ヲ制限スル為メノ規定ニアラスト云フニ過キス故ニ此点ニ関スル攻撃ハ原判決理由ノ誤解ニ属シ上告ノ理由トナラス又上告人ハ右ノ規則第六条ヲ以テ娼妓ト樓主トノ權利干係ノ廢滅ヲ証明スル為ニ規定シタル届出方法ナルカ如ク主張スルモ其文中斯ノ如キ事柄ヲ意味スル文詞ナク又之ヲ条理ニ照スモ行政上ノ取締規則ニシテ個人ノ權利關係ニ関涉スル謂レ無ケレハ此解釋ハ之ヲ採用スルコトヲ得ス旁此上告論旨モ亦總テ其理由ナキモノトス

同第三点ハ原判決ハ被上告人タル娼妓ハ脊髓炎其他ノ病患アリテ其身体娼妓營業ニ適セサル事實アルヲ以テ娼妓ヲ廢業スルノ權利アリト認メタリ此点ニ付テハ原判決ハ左ノ不法アリ（イ）營業ト其營業ノ実行トハ素ヨリ之ヲ區別セサルハカラス現ニ其營業ヲ実行シ其營業ニ従事セサルモ仍ホ依然營業者タルヲ失ハサルナリ故

ニ娼妓ニシテ現ニ営業ニ従事スルコト能ハサルトキハ其損失ハ楼主ニ帰スルコト
 アランモ之レカタメニ楼主ノ承諾ナクシテ営業ヲ廃スルノ自由アルヘカラス若シ
 楼主ニシテ病患アル娼妓ヲシテ強テ其営業ニ従事セシムルコトアランニハ警察権
 ハ宜シク其各行為ニ付キ之ヲ取締ルコトアルヘク又其営業ヲ停止セシムルコトア
 ルヘキモ直チニ之ヲ以テ永遠ニ営業ヲ廃スルノ理由トナスヘカラス要スルニ原判
 決ハ営業ノ実行上殊ニ其取締ニ付テノ法則ト營業者タル権利義務ノ關係上ニ付テ
 ノ法則ヲ誤解シタルヲ免レス（ロ）娼妓營業ナルモノハ一定ノ年月間ニ於ケル營業
 行為ヲ謂フモノナレハ設令娼妓ニ脊髓炎其他ノ病患アリトモ是レ一時其業ヲ休ム
 ニ止マリ之レカ為ニ永遠營業ヲ廃スヘキモノニアラス然ルニ原判決カ永年若クハ
 終身不治ノ病患タル事實ヲ認メスシテ直チニ廢業ノ自由アリト判定セルハ請求ノ
 原因ナキ事實ヲ以テ請求ノ原因トシテ不法ニ法則ヲ適用セルモノナリト云ヒ同第
 四点ハ原院ハ被上告人ハ上告人ニ對シ娼妓營業ノ収益ヲ以テ上告人ニ對スル貸金
 返済ノ契約アリテ上告人ハ未タ之ヲ返済セサルノ權利關係アルコトヲ認メナカラ
 スノ如キ契約ハ人ノ自由行為ヲ束縛スルモノニ外ナラサレハ法理上有効ノ約務ト
 シテ認容スヘキモノニアラスト判決セラレタリ然レトモ（イ）斯ノ如キ契約ヲ無
 効トスル法則アルコトナキニ之ヲ無効トセルハ法律ニ反シタル判決タルヲ免レス
 （ロ）斯ノ如キ契約ハ人ノ自由行為ヲ束縛スレトモ其束縛ハ当事者即チ被上告人タ
 ル娼妓ノ自由ノ意思ニ依リテ為シタル束縛ナレハ之ヲ不法ノ束縛ト云フコトヲ得
 スシテ寧ろ自由ナル意思ヲ実行シタルモノト云ハサルヘカラス原院カ人ノ自由行
 為ヲ束縛スルモノトシテ無効ノ契約トセラレタルハ理由ノ齟齬アルモノニシテ且
 ツ不当ニ正当ナル契約ヲ無効トセル不法アルヲ免レスト云ヒ同第五点ハ原判決ハ
 謂フ「債務ノ弁済ノコトハ正当ナル種々ノ方法ニ依リ之ヲ為スヲ得ヘキモノニシテ
 其廢業ヲ以テ必スシモ債務契約ノ無効ニ帰セシムヘキ筋ナキニ依リ仮令貸金ノ存
 在スルアリトスルモ」云々ト此点ニ付テハ左ノ不当アリ（イ）債務ノ弁済ハ種々ノ
 方法ニ依ルコトヲ得ヘキハ勿論ナレトモ当事者カ債務弁済ノ方法ヲ定メタルトキ
 ハ他ニ法律カ特ニ其他ノ方法ヲ定メタル場合ノ外当事者ノ定メタル所ニ依ラサル
 ヘカラス是レ契約自由ノ原理ニ基キタル法則ナリ然ルニ原判決カ漫然他ノ方法ニ
 依ルコトヲ得ヘシト云ヒ当事者間ノ合意ニ從フコトヲ要セストセルハ不法ニ有効
 ノ合意ヲ無効トシ不当ニ法則ヲ適用セルモノト信ス（ロ）債權者カ其貸金ヲ為スニ
 當リ尤モ注意スヘキハ義務者ノ支払能力如何ニ在リ娼妓營業ノ如キ卑陋ナル業務

ニ従事スル者ニ貸金スルカ如キハ最モ然ラサルヲ得ス本件ニ於ケル当事者ハ原判決ノ認ムルカ如ク娼妓営業ノ収益ヲ目的トシテ貸金ヲ為シ其収益ヲ以テ返済ニ当ツルノ契約ナルヲ以テ当事者ハ当初ヨリ他ノ支払方法ヲ予想セル所ナシ故ニ娼妓廃業ノタメ債権ヲ消滅スルコトナキモ現在未タ債権ノ支払ヲ終ヘスシテ義務者カ自由自在ニ廃業ヲ為シ以テ当始約シタル支払方法ヲ無視シ得ヘキモノトスルハ契約ニ直接履行ノ本然義務ナシトスルモノニシテ不法ノ判決タルヲ免レスト云フニ在レトモ右等ノ上告論旨ニシテ上告ノ理由トナラサルコトハ上告第一点ニ対スル弁明ニ依リ了解セラル可キ理ニ付キータ弁明ヲ与ヘス

以上説明ノ如ク本件上告ハ一モ適法ノ理由ナキヲ以テ民事訴訟法第四百三十九条第一項ニ依リ之ヲ棄却スヘキモノトス

[明治廿九年三月十一日]

大審院第二民事部

| | | | | | |
|------|---|---|---|------------------|----------------|
| 裁判長判 | 事 | 栗 | 塚 | 省 | 吾 [㊟] |
| | 判 | 寺 | 島 | 直 [㊟] | |
| | 判 | 増 | 戸 | 武 | 平 [㊟] |
| | 判 | 今 | 村 | 信 | 行 [㊟] |
| | 判 | 藤 | 田 | 隆三郎 [㊟] | |
| | 判 | 芹 | 澤 | 政 | 温 [㊟] |
| | 判 | 中 | 尾 | 真 | 晃 [㊟] |

(15) 「娼妓廃業届書ニ調印請求」(大審院、M33・02・23 判決)

明治 32 年(オ)第 77 号

今村判事

判決原本

上告人北海道函館区寄留平民娼妓

坂 井 フ タ

右訴訟代理人弁護士

橋 本 好 正

被上告人北海道函館区平民貸座敷業

山 田 精 一

右訴訟代理人弁護士

石 尾 一郎助

同上 同上

齊 藤 孝 治

右当事者間ノ娼妓廃業届書ニ調印請求事件ニ付函館控訴院カ明治三十二年三月一日言渡シタル判決ニ対シ上告代理人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ為シ被上告代理人ハ上告棄却ノ申立ヲ為シタリ

判 決

原判決ヲ破毀シ更ニ弁論及ヒ裁判ヲ為サシムル為メ本件ヲ函館控訴院ニ差戻ス

理 由

本件上告論旨ハ凡ソ營業ノ自由ハ別ニ法律ニ於テ之ヲ制限セサル限りハ各人ノ意思ニ一任スヘキハ勿論ニシテ此自由ヲ束縛スル亦各人ノ自由ナリ然レトモ此行為ニ依リ約諾者ニ於テ身体ノ自由ヲ讓与スルノ意思アルモノト推定スルヲ得ス仮リニ其意アルモノトスルモ各人ノ之ヲ讓与スルノ権能ナキカ故ニ是等ノ契約ハ他ノ一般ノ契約ト等シク約諾者ノ身体ヲ拘束セスシテ執行シ得ヘキモノニ限り其効力ヲ有スヘキモノニ反スル趣旨ヲ目的トスル即チ身体ヲ拘束スルヲ目的トスル契約ニ至リテハ各人自由ノ範圍外ナルコト明確ニシテ法律上契約ノ効力ヲ有スルモノニアラス而シテ被上告人ハ貸座敷ヲ以テ營業トシ上告人ハ娼妓ヲ以テ稼業ト為ス者ニ付内実如何ナル金銭上ノ關係アルモ稼業上ノ事ニ付テハ各自独立ノ者ト見做ササルヲ得ス若シ是ニ反シ娼妓ハ勞力契約ナリ上告人ハ被上告人ニ対シ或ル一定ノ年季中自己ノ意思如何ニ拘ハラス必ス其業務ニ服スヘキ事ヲ契約シタルモノト為サンカ是即チ上告人ヨリ被上告人ヘ身体ノ自由ヲ讓与セルモノニ外ナラス然ラハ上文弁明ノ理合ニシテ法律上契約ノ効ヲ認ムル事ヲ得サルハ勿論娼妓芸妓ニ関シテ斯ノ如キ行為ハ明治五年十二月二日第二百九拾五号布告ノ通り特別法ノ禁スル所ナルカ故ニ其契約ハ全然無効ニ帰シ上告人ト被上告人トノ間ニ權利關係ヲ生スルノ理ナシ然ルニ原院ハ本訴契約ハ名ヲ娼妓ニ藉リ其實人身ノ売買ヲ目的トセル行為ヲ禁止セル布告ノ規定外ニ屬スルモノト判決セラレタルハ法則ヲ不当ニ適用シタル不法ノ裁判ナリト云フニ在リ

按スルニ凡ソ貸座敷ヲ以テ營業ト為ス者ト娼妓ヲ以テ稼業ト為ス者ノ間ニ於ケル金銭貸借上ノ契約ニ関シ娼妓ヲ稼業ト為ス者カ身体ノ自由ヲ讓与スル意思即チ其身体ノ拘束ヲ目的トスル契約ヲ為スモ其金銭貸借上ノ契約ト身体ヲ拘束スル目的トス

ル契約トハ各自独立スル契約ト看做シ身体ヲ拘束スル契約ニ至テハ法律上契約ノ目的物ト為シ得ヘキモノニ非サルハ勿論明治五年第二百九十五号布告ノ精神ニ依ルモ之ヲ許スヘカラサルモノタルコトハ既ニ当院ノ判例トシテ認ムル処ナリ而シテ本件ノ契約ハ明治五年第二百九十五号布告廃止以前ノ契約ニ係リ即チ上告人ハ明治三十年十一月八日被上告人ヨリ金銭ヲ借受ケタルニ付之カ返済ノ為メ同日ヨリ向フ三十ヶ月間被上告人方ニ於テ娼妓営業ヲ為スヘキコトヲ諾約セシモ上告人ハ之カ為メ自由ノ束縛ヲ受ケサルヲ得サルニ至ルヘケレハ右ノ契約ハ法律上無効ノモノナルノミナラス明治五年第二百九十五号ノ布告ニモ牴触スルモノナルカ故ニ上告人ハ該契約ノ無効ヲ原因トシ娼妓廃業届書ニ調印ヲ為スヘキコトヲ請求セルモノナルコトハ原判決ノ認ムル処ノ事実ナリ果シテ然ラハ金銭貸借上ノ關係如何ハ別ニ問ヲ要セス身体ヲ拘束スルヲ目的トスル契約ニ至テハ之ヲ無効トシ而シテ上告人カ娼妓ヲ廃業センニハ其地方行政上ノ制規ニ依リ被上告人ノ調印ヲ必スヘキモノナルヤ否ヤヲ審究シ果シテ其調印ヲ要スヘキモノナレハ上告人ノ請求ヲ許容スヘキ筋合ナリ然ルニ原判決ハ事茲ニ出テス其理由中ニ「娼妓営業ハ我邦ニ於テハ公許セラレタル一種ノ営業ニ属スルモノナルカ故ニ毫モ背法ノ性質ヲ有スルモノニアラサルノミナラス単ニ人身ノ自由ヲ拘束スル効果ヲ生スヘキ合意ヲ禁止スルノ法則一モ之レアルコトナケレハ控訴人ハ乙第一号証契約ニ因リ被控訴人ニ対シ約定年限間ハ金員弁済ノ上ニアラサレハ転居又ハ廃業ヲ為ササルヘク若クハ約定年限間被控訴人方ニ於テ娼妓営業ニ従事スヘキ義務ヲ負フヘク為メニ控訴人ハ自由ノ拘束ヲ受クルニ至ルモ此ヲ以テ該契約ハ無効ナリト云フヲ得ス云々」ト説明シ之ヲ一般ノ雇傭契約ト同視シ有効ト認メ上告人ノ請求ヲ排斥シタルハ上告論旨ノ如ク法則ヲ不当ニ適用シタル違法ノ裁判ニシテ破毀スヘキ理由アルモノトス以上説明ノ如ク本件上告ハ其理由アルヲ以テ民事訴訟法第四百四十七条第一項ノ規定ニ依リ原判決ノ全部ヲ破毀シ同法第四百四十八条第一項ノ規定ニ則リ事件ヲ原院ニ差戻スヲ相当トス是レ主文ノ如ク判決ヲ為ス所以ナリ

[明治三十三年二月廿三日]

大審院第二民事部

| | | | | |
|------|---|---|---|--------------------|
| 裁判長判 | 事 | 寺 | 島 | 直 [㊟] |
| | 判 | 事 | 西 | 川 鐵次郎 [㊟] |
| | 判 | 事 | 今 | 村 信 行 [㊟] |

判 事 柳 田 直 平[㊟]

判 事 芹 澤 政 温[㊟]

判 事 清 水 一 郎[㊟]

判 事 掛 下 重次郎[㊟]

（16）「損害要償ノ反訴」（大審院、M33・10・23 判決）

明治 33 年(オ)第 184 号

馬場判事

判決原本

上告人兵庫県姫路市平民芸妓置屋業

井 上 サ ト

右訴訟代理人弁護士

平 岡 萬次郎

被上告人大阪市東区平民呉服商

河内谷 久兵衛

右訴訟代理人弁護士

竹 田 広 助

右当事者間ノ損害要償ノ反訴事件ニ付大阪控訴院カ明治三十三年二月十四日言渡シタル判決ニ対シ上告代理人ヨリ原判決ノ内反訴ニ関スル部分ヲ破毀センコトヲ求ムル旨申立テ被上告代理人ハ上告棄却ノ申立ヲ為シタリ

判 決

原判決ヲ破毀シ更ニ弁論及ヒ裁判ヲ為サシムル為メ本件ヲ広嶋控訴院ニ移送ス

理 由

上告論旨第一点ハ故意又ハ過失ニヨリ他人ノ權利ヲ侵害シタルモノハ之レニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スベキ責任アルコトハ民法第七百九条ノ規定ニ徴シテ明カナリ原院ハ被上告人ノ請求ニ係ル売掛代金請求事件及ヒ被上告人カ右ノ請求權ヲ保全センカ為メニ仮差押ヲ為シタルヨリ生シタル上告人ノ提起セシ反訴ノ損害要償事件ヲ判決スルニ当リ被上告人ノ為シタル売掛代金ノ請求ハ其理由ナキヲ認メテ控訴棄却ノ判決ヲ与ヘラレタルヲ見レハ從テ被上告人ノ為シタル仮差押ハ不法ノモノタルコトヲ確定セラレタルモノト謂ハサルヲ得ス既ニ仮差押ニシテ不法ナル以上ハ之レニ因テ生シタル損害ヲ賠償スルハ被上告人ノ責任ナルコト論ヲ俟タ

サルナリ是ヲ以テ上告人ハ之レカヲメ生シタル損害ノ事實ヲ充分ニ立証シタルニモ拘ハラス原院ニ於テハ「其差押ニ係ル芸妓ノ着衣ハ勿論衣類撥等ノ類ノ如キ世間其種類数多アリテ被控訴人カ相当ノ方法ヲ以テセハ容易ニ其需用ヲ充タシ毫モ營業ヲ休止スベキ必要ナカルベキニ事茲ニ出テス空シク休業シテ其差押ノ解除セラル、ヲ俟チ其間之レカ収益ヲ失フカ如キハ被控訴人カ自己ノ為スベキ相当ノ方法ヲ尽ササルニ基因シ斯ノ如キハ控訴人ノ不法行為ニヨリ当然生シタル損害ナリト看做スコトヲ得ス云々」ト判示シ請求權ナクシテ不法ニ他人ノ財産ヲ差押タル事實ハ明カニ之レヲ認メナカラ上告人カ爾后ニ其損害ヲ免ルベキ方法ヲ講セサリシトノ理由ニ基キ上告人ノ請求ヲ排斥セラレタルハ右民法ノ規定ヲ適用セサル失当ノ裁判ト謂ハサルヲ得ス何トナレハ上告人ハ不法ノ差押ニヨリ其所有權ヲ侵害セラレタル場合ニ於テ之ヲ免ルルノ道ヲ講スベキ義務ハ毫モ之レナキニモ拘ハラス其之レヲ講セサリシハ却テ上告人ノ過失タルモノ、如ク判決シ以テ損害ヲ免ルベキ方法ヲ講スベキ義務ヲ上告人ニ負ハシメラレタレバナリト云フニ在リ

按スルニ被上告人ハ果シテ正当ノ理由ナク故意又ハ過失ニ因リ上告人ノ營業上必要ナル芸妓ノ着衣三味線及撥等ヲ差押ヘ其結果上告人ヲシテ休業スルノ止ヲ得サルニ至ラシメタリトセハ仮令芸妓ノ着衣三味線及ヒ撥ノ如キハ世間許多ノ供給アリテ上告人ハ売買賃貸借其他ノ方法ニ依リ容易ニ其需用ヲ充タシ休業スルコトヲ避ケ得ヘカリシニ其方法ヲ尽サザリシスルモ尚損害賠償ノ原因ハ存在スルモノト謂ハサル可カラス何トナレハ此ノ如キ場合ニ於テ上告人ハ營業上必要ナル物品ヲ買受ケ又ハ借入レ以テ損害ヲ免カルル方法ヲ尽サザル可カラサルノ義務ヲ負フ者ニ非ラザレハナリ然ルニ原院ハ本上告論旨中ニ掲載スルカ如ク上告人ハ休業スルコトヲ免カルヘキ方法ヲ尽サザリシカ故ニ損害賠償ノ請求權ヲ有セサルモノト判決シタルハ不当ナリトス而シテ此瑕疵タル原判決全部ヲ破毀スル理由ト為スニ足ルヲ以テ他ノ上告論旨ニ對シテハ特ニ弁明ヲ与フルノ要ナシ

以上説明ノ如クナルヲ以テ民事訴訟法第四百四十七條第一項及同法第四百四十八條第一項ノ規定ニ依リ主文ノ如ク判決ス

〔明治三十三年十月廿三日〕

大審院第一民事部

裁判長判事男爵 南 部 甕 男[㊟]

判 事 岡 村 為 藏[㊟]

判 事 柳 田 直 平[㊟]
判 事 和 田 収 蔵[㊟]
判 事 馬 場 愿 治[㊟]
判 事 清 水 一 郎[㊟]
判 事 志 方 鍛[㊟]

（17）「幼者取戻請求」（大審院、M34・09・21 判決）

明治 34 年(オ)第 5 号

井上判事

判決原本

上告人広島県尾道市平民料理店

武 田 庄 吉

右訴訟代理人弁護士

高 木 益太郎

被上告人広島市尾道市平民無職業

内 海 茂 市

右訴訟代理人弁護士

高 野 金 重

右当事者間ノ幼者取戻請求事件ニ付広島控訴院カ明治三十三年十月三十日言渡シタル判決ニ対シ上告人ヨリ全部破毀ヲ求ムル申立ヲ為シ被上告人ハ上告棄却ノ申立ヲ為シタリ

判 決

原判決ヲ破毀ス

本件ノ控訴ハ之ヲ棄却ス

第二審及ヒ上告ニ係ル訴訟費用ハ被上告人之ヲ負担スヘシ

理 由

上告理由ノ第二ハ本件ハ第一二審ノ訴狀当事者表示ノ部ニ於テ訴訟手續上ノ違背アルモノナリ何トナレハ本件ニ付茂市ハ其長女ラクノ親権者タルコトヲ理由トシテ訴ヲ起シタルニ拘ハラスラクヲ当事者トシテ表示セサリシヲ以テナリ若シ茂市自ラ原告トナリタルモノトセン乎ラクノ身体ハ同人ノ自由行動ニ任スヘキモノニシテ茂市ヨリ其身柄引渡ヲ上告人ニ要求スルカ如キ訴ハ之ヲ認容スヘキモノニア

ラス故ニ原院カ被上告人ノ引渡請求ヲ認可シタルハ法則ニ違反セリト云フニ在リ
 案スルニ親権ヲ行フ者ハ子ノ監護ヲ為スノ権利ヲ有シ義務ヲ負フモノナルコト民
 法第八百七十九条ニ規定スル所ナリ然レハ其者ハ自己ノ権利ニ因リ子ノ身体自由
 ヲ保護スルノ目的ヲ以テ本件ノ如キ訴訟ヲ提起シ得ルコト当然ナリ而シテ被上告
 人ハ其子ラクヲ代表シテ本訴ヲ提起シタルニ非スシテ親権ヲ行フ父トシテ自己ノ
 名義ヲ以テ之ヲ提起シタルコト訴状其他ノ記録ニ徴シテ瞭然タリ故ニ本上告理由
 ハ其当ヲ得ス

其第一ハ原判決理由ニ「本人ラクハ前頭ノ如ク被控訴人ニ対シ借用金弁済ノ為メ満
 五年五ヶ月間被控訴人方ニ同居シ芸妓稼業ヲ為スヘキコトヲ諾約セシモノナレト
 モラクハ芸妓稼業ヲ欲セサルニ拘ハラス右契約ニ従ヒ必ス一定ノ年期間被控訴人
 ト同居シ該稼業ニ服セサルニ於テハ之レカ為メ自由ノ束縛ヲ受ケサルヲ得サルニ
 至ルヘシ然ラハ則チ右契約ハ法律上固ヨリ其効力ナキモノナルヲ以テ本人ラクハ
 右契約ニ因リ何等ノ羈束セラル、所アルモノニアラス」トアレトモ他人ノ為メニ一
 定ノ期間勞務ニ服スルコトヲ目的トナシタル法律行為ノ無効ナル理ナシ見ヨ彼ノ
 商家ノ主人ト其丁稚子僧トノ間ニ於ケル年期奉公ノ契約ノ如キ等シク一定ノ期間
 主人ト同居シ或勞務ニ服セサルヲ得サルモノナルニモ不拘何人モ其有効ナルヲ信
 シテ疑ハサルニアラスヤ抑モ身体ニ羈絆ヲ受クル契約ノ有効ナル一例ハ民法第十
 四条ノ規定ニ徴スルモ疑フヘキモノニアラス又原院ニ於テハ本案ノ契約ヲ目シテ
 人身ノ自由ヲ束縛スルノ契約ナリト論断セラレタリ然レトモ原院ノ所謂人ノ自由
 ヲ束縛ストハ果シテ如何ナルコトヲ意味スルモノナルヤ判旨甚タ漠然トシテ捕捉
 スルニ由ナケレトモ本件被上告人ノ長女ラクカ上告人ニ対シ一定ノ期間芸妓營業
 ニ従事スルノ契約ハ固ヨリ他ノ強制ニ出テタルモノニアラスシテ任意行為ナルコ
 トハ敢テ被上告人ノ争ハサル事實ナレハ該契約ハ法律上有効ノ契約タルコトハ論
 ヲ俟タス然ルニ原院ハ該契約ヲ無効ノ契約ナリト断定シ上告人ニ不利益ノ判決ヲ
 与ヘタルハ不法ナリトスト云フニ在リ

被上告人ノ長女ラクカ明治三十三年一月二十七日ヨリ同三十八年十一月二十六日
 マテ満五年五ヶ月上告人方ニ同居シ芸妓稼業ヲ為シ其取得金全部ヲ弁済ニ充当ス
 ル契約ヲ以テ上告人ヨリ既ニ金六百六十円ヲ借受ケタルコト及ヒ被上告人カラク
 ノ親権者トシテ右ノ契約ト貸借金ノ授受ニ関与シタルコトハ第一審ニ於ケル証人
 山田哲造ノ供述及ヒ乙第一二号証ニ拠リテ原院カ確定シタル事實ナリトス然レハ

被告ノ長女ラクハ一定ノ期間芸妓稼業ナル一種ノ勞務ニ服シ其取得金ヲ以テ弁済ニ充ツヘキコトヲ諾約シテ原告人ヨリ一定ノ金員ヲ借用シタルモノナリ案スルニ一定ノ期間他人ト同居シ一定ノ勞務ニ服スヘキコトヲ目的トシタル契約ハ其結果諾約者ノ自由ヲ束縛スルヲ以テ無効ナリト謂フヘキモノニ非ス何トナレハ凡ソ勞務ヲ諾約シタル者ハ其諾約ノ結果トシテ多少自由ノ束縛ヲ受ケサルモノナシ而シテ本件契約ノ如キハ五年五ヶ月間其結果ヲ生スヘキモノヲ以テ未タ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル契約ヲ成スモノト謂フコトヲ得サレハナリ但本件契約ニ因リテ生シタル債務ノ如キハ諾約者ノ身体ヲ強制シテ直接ニ之レカ履行ヲ請求スルコトハ法律上及ヒ事実上不能ノ事ナリト雖トモ其契約ヲ以テ本来無効ノモノナリト謂フコトヲ得ス然ルニ原院ハ勞務ノ諾約者カ契約ノ履行ヲ欲セサル事實アルニ於テハ其契約ハ自由ヲ束縛スルモノ隨テ無効ノモノナリトシ「前略其本人タルラクハ云々自分ヲ車ニ乗セ被控訴人方ニ連れ帰ラレタリ自分ハ芸妓稼業ヲナスヲ欲セサル旨供述セルノミナラス債務弁済ノ為メ他人ト同居シ芸妓稼業ニ服セサルヲ得サルカ如キコトハ人情ノ通常欲セサル所ナルニ由テ觀ルモ本人ラクハ被控訴人方ニ立帰りタルハ芸妓稼業ヲナス自由ナル意思ニ出テタルモノトハ認メ難ク云々然ルニ本人ラクハ前頭ノ如ク被控訴人ニ對シ借用金弁済ノ為メ滿五年五ヶ月間被控訴人方ニ同居シ芸妓稼業ヲ為スコトヲ諾約シタルモノナレトモラクハ芸妓稼業ヲ欲セサルニ拘ラス右契約ニ從ヒ必ス一定ノ期間被控訴人ト同居シ該稼業ニ服セサルヲ得サルニ於テハ之レカ為メ自由ノ束縛ヲ受ケサルヲ得サルニ至ルヘシ然ラハ則チ右契約ハ法律上固ヨリ其効力ナキモノナルヲ以テ云々」ト判定シタルハ契約ノ効力ニ關スル法則ニ違背シタルモノニシテ原判決ハ破毀ヲ免カレス而シテ本件ニ付テハ原院カ確定シタル事實ニ因リ既ニ裁判ヲ為スニ熟スルモノト認ムルヲ以テ本院ニ於テ事件ニ付直ニ裁判スヘキモノトス

以上説明ノ理由ニ因リ民事訴訟法第四百四十七條第一項第四百五十一條第一號第四百二十四條第七十八條第一項及ヒ第七十二條第一項ニ從ヒ主文ノ判決ヲ為ス

〔明治三十四年九月廿一日〕

大審院第一民事部

裁判長判事男爵 南 部 甕 男[㊤]

判事法学博士 井 上 正 一[㊤]

判 事 西 川 鐵次郎[㊤]

判 事 岡 村 為 蔵[㊤]

判 事 馬 場 愿 治[㊤]

判 事 志 方 鍛[㊤]

判事法学博士 富 谷 銈太郎[㊤]

(明治大学法学部教授)